

Universidades Lusíada

Catela, Miguel

Modificações recentes na regulamentação dos contratos públicos internacionais

<http://hdl.handle.net/11067/5077>

<https://doi.org/10.34628/hff9-nk22>

Metadados

Data de Publicação	1998
Resumo	Desde o início de 1995 que se têm vindo a dar a conhecer importantes alterações no enquadramento jurídico imposto a um muito significativo número de contratos públicos internacionais. Aplicando-se embora sem eficácia retroactiva, as novas regras e as novas cláusulas nos contratos-tipo de maior utilização internacional trouxeram realidades diferentes tanto nos procedimentos de selecção dos concorrentes, como na tipologia das figuras contratuais, ou nas funções da fiscalização. Agentes desta mudan...
Palavras Chave	Contratos (Direito internacional público)
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ILID-CEJEA] Polis, n. 06 (1998)

Esta página foi gerada automaticamente em 2023-05-05T03:44:32Z com informação proveniente do Repositório

MIGUEL CATELA (*)

MODIFICAÇÕES RECENTES NA REGULAMENTAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS INTERNACIONAIS

INTRODUÇÃO

Desde o início de 1995 que se têm vindo a dar a conhecer importantes alterações no enquadramento jurídico imposto a um muito significativo número de contratos públicos internacionais¹. Aplicando-se embora sem eficácia retroactiva, as novas regras e as novas cláusulas nos contratos-tipo de maior utilização internacional trouxeram realidades diferentes tanto nos procedimentos de selecção dos concorrentes, como na tipologia das figuras contratuais, ou nas funções da Fiscalização.

Agentes desta mudança foram o Grupo do Banco Mundial (que inclui o *IBRD-International Bank for Reconstruction and Development*, criado em 1945, a *IDA-International Development Association*, criada em 1960, a *IFC-International Finance Corporation*, criada em 1956 e a *MIGA-Multilateral Investment Guarantee Agency*, criada em 1968²), e a FIDIC³ (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*, criada em 1913, e com sede em Lausanne). Enquanto que o Banco fez publicar, em Janeiro de 1995, a nova edição⁴ das suas “*Procurement Guidelines under IBRD Loans and IDA Credits*”, a FIDIC publicou a primeira edição das suas “*Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey*”. O cruzamento das contribuições das duas organizações, cuja natureza diversa é patente⁵, permitiu, também, a publicação de vários importantes documentos complementares, a que faremos alusão ao longo deste texto.

(*) Doutor em Direito, Professor do ISCTE.

¹ Sendo certo que se aplicam, frequentemente, para além da contratação pública. Os contratos-tipo FIDIC, por exemplo, são de uso comum no âmbito exclusivo do sector privado.

² Utilizaremos, frequentemente, a terminologia em língua inglesa, não só por ser a mais correntemente utilizada neste *forum*, mas também porque, no que aos documentos contratuais diz respeito, não existem sequer versões portuguesas oficiais, sendo as instituições citadas pelas denominações em inglês, francês ou castelhano. Torna-se patente que faz falta um léxico português tendencialmente uniformizado com todos os termos comuns usados neste âmbito.

³ A APPC- Associação Portuguesa de Projectistas e Consultores é a organização nacional filiada na FIDIC.

⁴ As anteriores eram de 1985, 1986, 1988 e 1992. Esta nova edição seguiu a deliberação do Conselho dos Governadores de Março de 1994 em adoptá-las como normas obrigatórias.

⁵ Mas que levaram a cabo conjuntamente duas Conferências Internacionais, em Outubro de 1995, em Berlim, e em Julho de 1996, em Viena, para divulgar e debater as novas regras e contratos-tipo. Ambas as Conferências foram organizadas pela IBC — *Legal Studies and Services*, de Londres.

POLIS n.º 6 SETEMBRO-DEZEMBRO 1998 pp. 39-46

1. AS NOVAS “*PROCUREMENT GUIDELINES*” DO BANCO MUNDIAL.

A primeira e maior novidade deste documento do Banco é o facto de as regras que eram de orientação para a aquisição de bens e contratação de empreitadas em contratos financiados pelo Banco, passarem a normas obrigatórias para as entidades beneficiárias dos empréstimos. Como vem afirmado na página 1: “*The Loan Agreement governs the relationships between the Borrower and the Bank, and the Guidelines are made applicable to procurement of goods and works for the project, as provided in the agreement*”. Vejamos, então, através da referência sucinta ao conteúdo destas regras, o que passa a ser o quadro para as aquisições efectuadas no âmbito dos contratos financiados pelo Banco:

- A aplicação obrigatória destas regras à selecção de contratantes, desde que uma parte do projecto, mesmo que diminuta, seja financiada pelo Banco;

- A aplicação de um conceito de elegibilidade para execução de trabalhos ou prestação de fornecimentos dos contratos que exclui automaticamente empresas de Estados que não são membros do Banco (como os casos de sociedades estabelecidas em Estados como o Monaco ou o Liechstentein), ou empresas de Países que estejam sujeitos a boicote estabelecido pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (actualmente, a Líbia, a Jugoslávia e o Iraque, tendo-se em conta, porém, as situações de suspensão ou limitação dos efeitos jurídicos do embargo, que podem juridicamente ocorrer e têm efectivamente ocorrido);

- A exclusão, de entre os potenciais candidatos a executar ou fornecer contratos financiados pelo Banco, de empresas públicas ou de capitais públicos que não operem de modo verdadeiramente autónomo dos respectivos Governos e Administrações Públicas; assim, só podem concorrer a contratos financiados no âmbito de projectos do Banco as empresas públicas que actuem no mercado como verdadeiras empresas comerciais;

- A obrigatoriedade da aplicação das regras (ou dos seus princípios básicos) a projectos que embora não estejam financiados pelo Banco no seu arranque físico (ou no começo dos procedimentos jurídicos de selecção), o venham a ser posteriormente;- A possibilidade de estabelecer associações, consórcios ou *joint-ventures* para concorrer à execução de obras ou ao fornecimento de bens, sendo que o Banco não aceita procedimentos em que a tais formas de cooperação empresarial seja imposta a condição de inclusão obrigatória de empresas de uma determinada origem (associação obrigatória entre estrangeiro e nacional do País em que se realiza a prestação, por exemplo);

- A necessidade de aceitar os meios de recurso previstos pelo Banco, no âmbito dos processos e dos litígios decorrentes da execução dos contratos, matéria essa que desenvolveremos mais adiante;

- A medida em que é permitida a utilização de processos de procura reservada a certas empresas, ou a empresas de certas origens, sendo que essa parte do contrato não será, por isso, financiada pelo Banco;

- A concretização dos procedimentos de selecção de contratantes, através dos instrumentos regulamentares denominados *International Competitive Bidding*

(identificados sucintamente pelas iniciais *ICB*, que utilizaremos daqui em diante), e que actualmente constituem um universo muito completo e extremamente importante de delineamento de processos... as *ICB* constituem actualmente a Secção II das *Guidelines*; a primeira versão emitida pelo Banco de *ICB* data de 1951;

- No âmbito das *ICB*, a dimensão, tipo e objecto do contrato posto a concurso têm de ser perfeitamente identificáveis; interesse específico é dedicado à modalidade de facturação, e consequente pagamento, conforme se trate de um contrato por preço global, ou se se tratar de algo semelhante ao tipo legal português de contrato de empreitada de obras públicas por séries de preços;

- As *ICB* podem levar o Banco a requerer a adopção de uma contratação em regime de *turnkey contract*, e, aí, o respeito pelo procedimento especial denominado *Two-Stage Bidding*; este processo tem a particularidade de separar a selecção de contratantes em duas fases, sendo que a primeira se destina a escolher exclusivamente soluções técnicas, a qual (ou as quais), depois de merecerem aprovação na primeira fase, deverão ser preenchidas com o preço respectivo; esta modalidade é preferida pelo Banco, especialmente nos casos de não completo esclarecimento por parte do beneficiário do empréstimo, quanto aos contornos técnicos exactos do bem, obra ou equipamento (ou conjunto envolvendo todas, ou parte, destas componentes) de que está carente;

- A publicidade (ou notificações bastantes), para conhecimento dos potenciais interessados nos contratos disciplinados pelas *ICB*, merece igualmente uma regulamentação própria; não só o beneficiário tem de evidenciar perante o Banco qual o anúncio que expressará a colocação do contrato no mercado (que tem de conter informação sobre o beneficiário, o montante e o destino do empréstimo, o objecto do contrato, a identificação completa da entidade adjudicante, bem como a referência aos elementos já disponíveis sobre o regime aplicável ao próprio contrato), mas também o próprio Banco fará a sua publicação na “*Development Business*”; o beneficiário tem de fazer a publicação do anúncio no seu País, em jornais de grande circulação e no jornal oficial;

- No caso de existir pré-qualificação, o Banco é particularmente exigente no estabelecimento dos critérios que são admitidos para realizar a selecção dos candidatos ; só três são admitidos: experiência, capacidade técnica e financeira; as condições de divulgação e publicidade são idênticas aos anúncios dos contratos a adjudicar;

- Como referimos brevemente atrás, o Banco emitiu uma série de documentos para regular detalhadamente os processos de selecção, que denominou *Bidding Documents* (vulgarizados também pela sigla *SBD-Standard Bidding Documents*). A utilização destes documentos passou, também, a ser obrigatória - “*Borrowers shall use the appropriate Standard Bidding Documents (SBDs) issued by the Bank with minimum changes, acceptable to the Bank, as necessary to adress country and project specific issues*” (in página 14); actualmente, existem os seguintes *SBDs*:

- a) *SBD on Goods*, editados em Janeiro de 1995;
- b) *SBD on Small Works*, de Janeiro de 1995;
- c) *SBD on Large Works*, de Janeiro de 1995;

- d) *SBD on Commodities*, de Maio de 1993;
- e) *SBD on Prequalification*, de Abril de 1993;
- f) *SBD on Supply & Installation of Plant & Equipment*, de Janeiro de 1996;
- g) *SBD on Pharmaceuticals*, de Setembro de 1993;
- h) *SBD on Textbooks*, de Janeiro de 1994;
- 1) *SBD on Standard Bid Evaluation Form*, editados em Abril de 1996;

O Banco tem como política editar os documentos primeiro para uso experimental e debate, anunciando-se outros em preparação ⁶;

- A matéria do prazo de validade (com a consequente manutenção firme e obrigatória) das propostas, e da garantia provisória (*Bid Security*), consta igualmente dos *SBDs*; o concorrente pode escolher livremente a entidade financeira idónea emitente da garantia (Banco, Seguradora, ou outra apta para prestar a garantia), sendo que a garantia provisória tem de permanecer válida quatro semanas para além do período de validade da proposta, de modo a prevenir o pleno efeito de uma execução que se venha a revelar necessária;

- Os *SBDs* obrigam a que seja clara a escolha da língua do contrato, de entre o Inglês, Francês ou Espanhol (Castelhano), permitindo-se o uso da língua local do beneficiário, nos contratos com fornecedores ou empreiteiros igualmente locais;

- Reforça-se a exigência, nos *SBDs*, de que a informação sobre o contrato seja a mais completa possível, e acessível, de igual modo, a todos os potenciais concorrentes;

- Os *SBDs* proíbem a utilização de especificações técnicas com efeitos discriminatórios, e/ou falseadores da concorrência, devendo ser utilizadas as normas reconhecidas internacionalmente, e a menção de equivalência de especificações, desde que aptas a preencher os requisitos do contrato; em particular - “*References to brand names, catalog numbers or similar classifications shall be avoided*” (in página 17);

- Os *SBDs* obrigam a que a documentação de cada procedimento de selecção indique expressamente em que medida os preços apresentados podem sofrer ajustamentos (revisão, ou outros), e permitirão que os concorrentes possam escolher os seus Seguradores e os meios de transporte que entendam utilizar para executar as prestações no âmbito do contrato;

- Os *SBDs* impõem que qualquer concorrente possa exigir, na sua proposta, que os pagamentos a si futuramente devidos sejam feitos na moeda de qualquer Estado membro do Banco, ou em *ecus*; porém, no caso de pagamentos em mais do que uma moeda, não deve o número destas exceder três, à escolha do concorrente; no mesmo sentido, o beneficiário do empréstimo tem de comparar os preços das propostas, quando não sejam todas expressas na mesma moeda, por conversão numa única, segundo o

⁶ Actualmente, o Banco anunciou como estando em fase de preparação *SBDs* sobre “*Works in Civil Law Countries*” “*Information Systems*” e aquisição de pesticidas.

câmbio do Banco Central respectivo, ou segundo os câmbios publicados em jornal da especialidade, com circulação internacional;

- Os *SBDs* dispõem, sobre os prazos e métodos de pagamentos em princípio, e salvo especialidades aceites para cada contrato, que o fornecimento de bens só é liquidado contra entrega e após efectuados os testes de qualidade, e que o pagamento de empreitadas de obras em imóveis pode ser faseado nos termos habitualmente praticados no mercado (pagamentos contra facturas de progresso de trabalhos, retenções, etc); todos os adiantamentos têm de ser integralmente caucionados;

- Uma garantia de boa execução (*Performance Security*) é exigida no âmbito dos contratos financiados pelo Banco, podendo o seu montante variar conforme o tipo de contrato; aqui também o adjudicatário pode escolher a entidade que a emitirá;

- Todas as obrigações do beneficiário, em matéria de pagamento de prejuízos ao contratante, e bem assim de prémios por execução antecipada que traga vantagem ao beneficiário do empréstimo, têm de constar do contrato, segundo os *SBDs*;

- As circunstâncias consideradas como de força maior (*Force Majeure*), terão de constar obrigatoriamente do contrato, como resulta da imposição dos *SBDs*;

- Matéria particularmente importante é a da lei aplicável ao contrato, e, bem assim, da resolução de conflitos dele resultantes; os *SBDs* determinam que o contrato indique expressamente a lei de que País se sujeitam, e sugere-se que a arbitragem internacional seja prevista como forma de resolução de litígios; o Banco declara que não aceitará a condição de árbitro, em nenhuma circunstância, e também não aceita ser chamado a nomear árbitros; mais positivo (e impositivo) é o conteúdo da parte final do ponto 2.42. das “*Procurement Guidelines*”, quanto à inserção de um meio preventivo de resolução de litígios (o qual teremos oportunidade de comparar com as sugestões da *FIDIC*, que não coincidem): “*In case of works contracts, supply and installation contracts, and turnkey contracts, the dispute settlement provision shall also include mechanisms such as dispute review boards or amudicators, which are designed to permit a speedier dispute settlement*”; este sistema traduz-se na criação de formas de resolução permanente de conflitos, através dos *Dispute Review Boards (DRB)*, órgãos compostos de representantes de cada uma das partes (beneficiário do empréstimo e contratante) e um aceite pelas duas partes, ou de um simples árbitro, o adjudicator; a intenção da criação destes sistemas visa a existência de órgãos permanentes de resolução de litígios, que acompanhem fisicamente o evoluir dos contratos; como apontaram vários dos participantes nas Conferências citadas, o desejo é de que estes órgãos se reúnam mesmo que não existam conflitos declarados, de modo a seguirem constantemente a execução dos contratos, e possuindo privilegiadamente informação actualizada (válida como prova em caso de um litígio se acabe por verificar);

- Os *SBDs* incluem igualmente regras sobre o prazo para apresentação de propostas, que deve ser adequado à sua preparação cuidada, e nunca antes de seis semanas, desde a disponibilidade dos documentos ou o convite, até à data-limite para apresentação das propostas ;

- A abertura das propostas tem de ser pública, e no momento e local indicados previamente; os concorrentes não podem alterar as suas propostas, depois da sua

apresentação;

- A comparação e avaliação das propostas tem de ser feita com base em critérios estabelecidos e conhecidos previamente, e disponíveis nos documentos do concurso; Curiosa a determinação de que “*Bid evaluation for works shall be strictly in monetary terms*” (cláusula 2.52), o que reforça a importância do respeito rigoroso das condições técnicas incluídas nos documentos contratuais (nomeadamente no projecto e seu detalhe) que, assim, determinam frequentes exclusões liminares da própria comparação, antes de atingir a pura graduação das propostas com base no preço;

- Pode ser pedida aos concorrentes para manter válidas as suas propostas para além do período inicialmente estabelecido, mas unicamente contra actualização geral de preços; é assim, expressamente proibido que uma extensão de validade permita que um concorrente baixe o seu preço, através da pura manutenção dos valores inicialmente apresentados; a comparação das propostas, e sua graduação, tem de ser feita com base nesta correcção obrigatória;

- São previstas regras para a não adjudicação, indicando que os próprios documentos do concurso a devem referir expressamente; embora a não adjudicação seja um privilégio do beneficiário do empréstimo, este deve justificar ao Banco as circunstâncias exactas em que optou por essa medida que frustra o objectivo do concurso, e receber o seu acordo para que passe a outra forma de colocação do contrato no mercado; não pode ser utilizada a não adjudicação como meio de pressão ilegítimo sobre os concorrentes, para atingir preços mais baixos, em procedimento equivalente com o mesmo objecto;

- Admitem-se outras formas de selecção, para além das *ICB*, na Secção III das *Guidelines*, como o sejam modalidades de concurso limitado, ou de ajuste directo; o acordo do Banco para o recurso a tais procedimentos tem de ser expressamente concedido, após a fundamentação necessária lhe ser apresentada pela entidade beneficiária do empréstimo.

No âmbito dos processos de selecção de contratantes e de execução dos contratos financiados em projectos do Banco Mundial, os concorrentes e/ou adjudicatários são convidados a apresentar exposição ao Banco de qualquer irregularidade face a estas regras, que pode ser uma cópia dos procedimentos legais ou contratuais operados em defesa dos direitos respectivos. Se bem que o Banco não intervenha directamente na relação contratual entre o beneficiário do empréstimo e as empresas a que este adquira bens ou serviços, as *Guidelines* a que nos vimos referindo fazem parte integrante do *Loan Agreement* que une o Banco ao prestatário. Pelo que a violação das regras apontadas é também uma quebra desse contrato, e pode fundamentar a suspensão ou o cancelamento total ou parcial do financiamento.

2. As “*Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey*”, proposto pela *FIDIC*.

Observada que foi, de modo muito sucinto, o acervo de disposições que o Banco Mundial introduziu nas suas agora obrigatórias *Guidelines*, vejamos agora a

contribuição da *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*, em matéria igualmente importante para a contratação.

Uma das mais relevantes actividades da *FIDIC* é a elaboração de contratos-tipo largamente utilizados na contratação internacional⁷. Actualmente, existem os seguintes documentos principais, identificados pelo objecto e por uma cor distinta para cada, que compõem o denominado “*FIDIC rainbow*”:

- a) “*Conditions of Contract for Civil Engineering Works*”, o “*Red Book*”, cuja primeira edição data de 1957, e que vai na 5.^a edição, publicada em 1987;
- b) “*Conditions of Contract for Mechanical and Electrical Works*”, o “*Yellow Book*”, com a primeira edição em 1963, e actual, a terceira, publicada também em 1987;
- c) “*Conditions of Subcontract*”, também vermelho, pois que foi concebida para utilização conjunta com o contrato-tipo para construção civil, cuja única edição, até ao momento, foi publicada em 1994 ;
- d) “*Model Services Agreement between Client and Consultant*”, o “*White Book*”, com a segunda edição publicada em 1991;

Outros documentos também levam a chancela da *FIDIC*⁸, sendo o mais recente aquele a que dedicaremos agora a nossa atenção, cuja cor laranja o fez apelidar de “*Orange Book*”. A 1.^a edição experimental deste documento é de Dezembro de 1994, e a definitiva la edição foi publicada em 1995.

Salientaríamos a importância dos *turnkey contracts*, não só pela complexidade de que se revestem, mas também pela sua aplicação em projectos que prevejam financiamento ou exploração privada de empreendimentos públicos.

Na concepção *FIDIC*, este contrato apresenta-se como uma evolução das figuras anteriores, recebendo igualmente as inovações da menos incisiva contribuição do *Engineer*, agora simplesmente apelidado de *Employer's Representative*, mas mantendo alguma rigidez (de resto criticada nas Conferências referidas) na intervenção do adquirente na execução da obra. Com efeito, se bem que a cláusula 1.1.1.2 estabeleça que os “*Employer's Requirements means the description of the scope, standard, design criteria (if any) and programme of work, as included in the Contract, and any alterations and modifications there to in accordance with the Contract*”, e que “*The Works as completed by the Contractor shall be in accordance with the contract and “fit for the purposes” (sublinhado nosso) for which they are intended (...)*”, pela cláusula 4.1., a verdade é que as variações favoráveis ao executor do contrato são aceites minimamente, e os poderes que a Fiscalização detém, nomeadamente muitos que se traduzem na interferência na concepção e execução compatível, são frequentes.

⁷ Mesmo em Portugal, algumas grandes empresas, nomeadamente públicas, utilizam versões dos documentos *FIDIC* na execução de empreendimentos de grande envergadura, ainda que adaptados à sua realidade específica.

⁸ Como o “*Tendering Procedure*”, de 1992 e 1994, o “*Joint-Venture (Consofium Agreement)*” e o “*Sub-consultancy Agreement*”.

O que ficou definitivamente afastado, foi a concepção de que a Fiscalização é também juiz em disputas ocorridas durante a execução do contrato. A previsão, na cláusula 20 do *Dispute Adjudication Board*, patenteia a sedimentação das novas ideias sobre esta matéria.

3. Diferentes opiniões e contribuições cruzadas do Banco Mundial e da FIDIC

Para além de representarem dois actores fundamentais da contratação internacional (um grande financiador público à escala global e uma influentíssima agregação de consultores), o Banco Mundial e a FIDIC encontram-se no terreno em múltiplas vertentes. Se o Banco cria muito do mercado internacional de obras e fornecimentos públicos, os associados FIDIC desempenham um relevante papel, tanto como consultores e projectistas como sendo agentes de Fiscalização de muitos projectos financiados pelo Banco. Mais ainda, o Banco utiliza frequentemente as condições dos contratos-tipo sugeridas pela FIDIC na execução dos contratos que financia.

Tal não faz, contudo, com que exista uma coincidência completa de pontos de vista, como foi visível no passado recente.

O aspecto porventura mais importante, foi o afastamento do Banco Mundial da concepção integral da FIDIC quanto ao papel do Engenheiro (Consultor, Fiscalização) na execução dos projectos. Na verdade, se a FIDIC sempre defendeu como sua posição de princípio que fosse cometida a última palavra decisória ao Engenheiro no caso de litígio (ainda que sem prejuízo do funcionamento posterior da arbitragem, ou do recurso a instâncias judiciais), durante a execução do contrato, e no seu âmbito, o Banco optou, com as suas “*Procurement Guidelines*”, de Janeiro de 1995, por um sistema paritário de resolução de conflitos. Tal o escopo do “*Dispute Review Board*”, ou do “*Adjudicator*”. A que a FIDIC acabou por objectivamente aderir, com a sua proposta de DABs (*Dispute Adjudication Boards*).

Por outro lado, a distinção de concepções do *turnkey contract* (imbricado com o “*Two-Stage Bidding*”, constante das “*Procurement Guidelines*” mais recentes) é patente. Com efeito, se por um lado a FIDIC insiste em alguns aspectos de poder acentuado do Engenheiro, o Banco prefere uma maior responsabilização do executor do contrato, com maior liberdade de realização do mesmo. Ao contrário, enquanto o Banco aceita variações de preço mais facilmente (sem que este facilmente signifique afastamento de condições contratuais conhecidas antecipadamente), a FIDIC faz recair no contratante todo o risco. Ironicamente, esta é também a posição generalizada da Banca privada internacional, para a qual a alteração (qualquer que seja) das necessidades de financiamento do *turnkey contract* é muito dificilmente aceitável.

Estes breves comentários a alguns aspectos recentes da evolução das regras aplicáveis à contratação internacional têm uma simples intenção de informar a opinião especializada nacional e contribuir para o debate sempre necessário sobre estes temas. Não é, manifesta e deliberadamente, um exercício de doutrina.

Lisboa, Setembro de 1996